

非訟事件手続における審尋請求権法理の実定化に関する考察（二）

— 家事審判手続を中心に —

三浦 毅

目次

- 一 はじめに
- 二 有紀説の内在化の論拠と意義
- 三 「一般法原則」としての審尋請求権概念
 - 1 LENTの見解
- 四 基本法一〇三条一項との衝突（Kollisionskurs）の問題
 - 1 Jansenの見解
 - 2 Kollhoserの見解
 - 3 小括
- 五 審尋請求権の保障内容の変様
 - 1 基礎保障
 - 2 機能保障

- 3 Anhörungstrüge-と rechtliches Gehör (以上二四二号)
- 4 公正原理と審尋請求権法理との有機的結合関係
- 六 一般規定 (rechtliches Gehör) の意義
 - 1 新法 (F a m F G) の制定過程
 - 2 F a m F G三四条の意義
- 七 わが国の現状と課題
 - 1 審尋請求権概念の憲法化と法原理性
 - 2 最高裁第三小法廷平成二〇年五月八日決定の意義と問題点(以上本号)
 - 3 下級審における審尋請求権法理の実効性
 - 4 小括
- 八 家事事件手続法の課題と立法提案
- 九 まとめ

五 審尋請求権の保障内容の変様

4 公正原理と審尋請求権法理との有機的結合関係

Othmar Jaernig は自らの *Lehrbuch* の中で、「審尋請求権は、手続に関与する当事者に公正な手続を保障することを目的としている。その請求権は、あらゆる手続における一般手続基本権として、法治国家原理に基づき、本法二条一項に構成されるものである」と言明する¹⁾。

そもそも、「公正な手続 (fairen Verfahren)」の観念は、その起源を遡ると、アングロアメリカ法に由来し、その実体は、関係当事者間の手続的正義 (Verfahrensgerechtigkeit) を核心とする手続原理 (法原理) とされている。そして、審尋請求権と密接な関わり合いを持ち、その考慮の際に必然的に含意されるものである²⁾。

今日、わが国においてもそれらへの関心から、手続一般に、その個別的・具体的行使の際の、正・不正の合理性規準の問題は、「正義」を規準とする価値判断のからだんだん実践的議論へと変化していることが指摘されている。

人々が、実定法の内容・実現について、正義・不正義を論じる場合、その議論レベルに応じて、適法的正義、形式的正義、実質的正義に区分されるが、とくに、法による正義の実現に関しては、衡平 (equity) と手続的正義という二つの観念が見いだされる³⁾。手続的正義の観念が、実質的正義に関する具体的要求に公正な手続のつとめて公平な配慮を払うことを要請するものであるのに対し、衡平の観念は、実定法的基準の忠実な適用という要請に抗して、実質的正義原理への配慮を強く要請するものである⁴⁾。

最近の正義論の変容として、実質的正義原理自体の正当化をめぐる合理的な議論手続の構造化ないし制度化と

いう観点からも、手続的正義が、実質的正義とは異なる独自の意義をもつ観念として重視されるようになってきているのである。⁽⁵⁾

田中成明教授は、こうした正義論の動向と関連するわが国の民事訴訟における手続保障論の新たな展開について、「一定の手続過程から生じる結果の内容的正当性だけでなく、公正な手続過程の制度的保障がもつ独自の正当化機能にも然るべき位置づけを与える必要が生じてきている」と言明する。そして、こうした要請について、手続過程の価値を、結果志向型から、それ自体を独自の価値として遵守し尊重されるべき方向（手続（過程）志向型）への転換を意味し、これらは基本的に適切な方向をめざすものと捉えているが、この点につき、次のとおり付言する。

それ故、手続保障を自己目的化して、内容の問題を全面的に手続の問題に転換してしまうのは行き過ぎであり、手続保障は、判決の正当性の必要条件ではあるが、十分条件ではないのである。判決の正当化機能の作用条件や限界は、手続保障が弁論の活性化を通して内容的により正しい判決の追求を促進するという機能とも有機的に関連づけて統合的に見定められるべきである（田中成明『現代法理論』（有斐閣ブックス、一九八四年）二七八頁）。

要するに、手続的正義や手続保障の内的構成において、内容の問題を手続の問題に転換するのではなく、自立的な議論主体の相互作用的活動によって手続の問題と内容の問題とを動的に統合しようとする立場につながってゆくべきである。⁽⁶⁾

実際に、手続的正義は、「各当事者に手続について公正な告知をすること、当事者双方の論拠と証拠を聴取すること、相手方当事者の論拠と証拠に抗弁する公正な機会を与えること」などに具体化することができ、そのう

ち、聴聞及び抗弁（意見表明権）は審尋請求権の保障内容の核心部分であるから、その結果内容の公正も含め、手続に関する公正な告知がなされることによって、情報提供を起点とした審尋請求権の実質的保障へと導くことになる。⁽⁸⁾

このように、手続的正義の観念は、手続結果の内容も含め、審尋請求権保障の実効性にも大きな影響を及ぼすのである。

さて、こうした手続的正義を根源とする公正な手続の要請は、わが国においても、芦部信喜教授や三ヶ月章教授⁽⁹⁾によって既に指摘されていたことは周知の事実である。

さらに、その後の展開として、中野貞一郎教授は、ドイツにおける公正手続請求権論を紹介され、わが国の憲法三二条の「裁判を受ける権利」の保障内容に、「公正な手続を求める権利」が含まれることを提唱された。⁽¹⁰⁾ こうした背景に、中野教授は、民事執行法上の決定に関する高裁判例の対立・不統一の状況を採り上げ、その原因に、立法上の不備ではなく、一般的解釈論の規準の不明確性にあると指摘し、解釈上の補充的操作として、「公正な手続を求める権利」と採り入れるべきことを提唱されたのである。

その法的根拠については、わが国の憲法上、この権利に関する明確な規定がないため、解釈により、法の下の平等（一四条）や法律による裁判の原則（三二条）などに基礎づけ、憲法三二条の裁判を受ける権利に包摂される原理であるとしている。⁽¹¹⁾

また、昭和五四年九月二日に発効された、市民的及び政治的権利に関する国際規約を採り上げ、同一四一条の批准を受け、憲法三二条との一体的解釈の下に、「公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利」は当然に保障されていると解することが可能であると帰結している。

因みに、審尋請求権論を説き進めるドイツでは、この「公正」原理 (Der Grundsatz des fairen Verfahrens) を手続法上の基本原則 (prozessuale Generalklausel) とし、かつ、一般的手続基本権 (allgemeines Prozessgrundrecht) の一として位置づけている (通説的見解)⁽¹³⁾。

そもそも、「公正」原理の起源は、一九五三年九月三日に施行されたヨーロッパ人権保護規約に遡り、その六条一項 (民事事件における実効的かつ公正な権利保護手続の保障 (Gewährleistung eines effektiven und fairen Rechtsschutzverfahrens)) は、手続関係人への実質的な手続保障を要請している。⁽¹⁴⁾

現実に、一九六〇年代後半には、ドイツ連邦憲法裁判所において、「公正な手続を求める権利 (Der Anspruch auf ein faires Verfahren)」を基礎とする判示が積み重ねられている。⁽¹⁵⁾ これは対照的に、学説上は、とくに「民法の領域では、一九八〇年以後にいたるまで、殆どこの議論は採り上げられなかった。⁽¹⁶⁾

そうした状況の中で、Max Vollkommer は、「ドイツ連邦憲法裁判所の判例 (BVerfG46, 2021210)」を引用し、「公正手続請求権」を、法治国家手続の根本原則 (wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens) と位置づけ、「不文のドイツ的デュー・プロセス条項 (die ungeschriebene deutsche due process-Klausel)」であると立言することになる。⁽¹⁷⁾ その内容については、「司法機関の義務につきる単なる形式的請求権ではなく、具体的な個別的事案における手続的正義の実現を命じる実質的内容に関わる請求権である」とし、⁽¹⁸⁾ 他の手続基本権との関係についても、それらを凌駕する上位概念と説く。⁽¹⁹⁾

そもそも、ドイツ基本法は、実質的法治国家及び社会国家の理念を基礎とし、不公正 (Unrecht) に対する防御、社会正義及び社会保障の実現を目的としており、一〇三条一項もまた、同様の趣旨から、法治国家的公正手続 (Rechtsstaatlich-faires Verfahren)⁽²⁰⁾ を目的としている。従って、公正手続請求権は、裁判所による憲法上の解

明義務の法的構成原理、聴聞権の拡張、恣意の禁止の支柱としてだけでなく、審尋請求権法理との融合を例として、審理過程の問題のみならず、出訴権（ein Recht auf Zugang zum Gericht）の問題も含めた、全ての手続過程における問題の解決へと導く法原理と位置づけられることになる。²¹⁾

確かに、この見解を前提とすれば、「公正」原理との有機的な結合関係によって、審尋請求権もまた、その実質的な保障の実現へと導くことができる。

最終的に、Vollkommer説は、基本法一九条四項を公正手続請求権の法源とし、審尋請求権やその他の手続基本権を凌駕する上位概念（手続基本権の一般規定）と位置づけ、同規定を包括的、一般的な権利保護基本権（umfassenden allgemeinen Rechtsschutz grundrecht）と帰結する。

思うに、このVollkommer説の根源には、「手続の一般的正義（allgemeine Verfahrensgerechtigkeit）」を憲法上の命令（Verfassungsbefehl）として位置づけるPeter Lercheの主張が大きく影響している。²²⁾

Lercheは、審尋請求権に関する従来の歴史的・孤立的な観方とは対象的に、「効果的な権利保護（effektiven Rechtsschutzes）」の観点から、審尋請求権と基本法一九条四項との内的一体性に着目した。²³⁾

すなわち、審尋請求権の根拠と内容について、基本法一〇三条一項や他の訴訟に関する憲法上の規範に沈澱していった憲法政策上の試みや成果の歴史から把握してきた従来の立場を批判し、それらを結びつける直接的拘束力のある憲法上の命題として、「手続の一般的正義」の概念に着目するのである。

敷衍すれば、基本法一九条四項が保障する『出訴』を、一方で、基本法一〇三条一項の趣旨である効果的な訴訟の追行を可能ならしめる端緒と捉え、他方で、一九条四項に内在する手続的正義は、その後の手続に終始要請されることで、両条は再び結びつけられることになるとして、その一体的保障の重要性を強調しているのであ

る。²⁴⁾

実際に、Lercheが提唱したこの「効果的な権利保護の要請」、そして、その根底に潜む「手続の一般的正義」の観念は、ドイツで展開された訴権論（司法行為請求権説・権利保護請求権説）と密接な関わり合いをもつことになる。

まず、司法行為請求権説との関係では、その権利保護の内実について、従来の単なる「裁判所へのアクセスを求める権利」と捉える立場から、「実効的かつ時宜を得た裁判的保護を求める権利、そして、当事者間の武器平等を含む公正手続を求める権利」へと変容している。²⁵⁾

また、権利保護請求権説との関係においても、「有利な判決を求める主観的公権としての権利保護請求権」は、国家の裁判活動、特に民事訴訟の領域においては、手続的正義の一般原則が憲法上の共通であり個人の命題として描き出されている。²⁶⁾

これらの展開も踏まえ、Lercheの主張がVollkommer説にも深く浸透していったことが推測される。

さて、権利保護の憲法的保障に基礎づけられる公正手続請求権について、Dieter Leipoldは、審尋請求権との関係を、Vollkommer説とは別の視点から捉え、次のように言明している。

公正な手続を求める権利の保障は、閉鎖された、或いは孤独な裁判官の作業を帰結するものではなく、当事者と裁判所との間の最善の意見交換に寄与するものである（Stein/Jonas/Dieter Leipold, Kommentar zur

Zivilprozessordnung, Bd. 3, 22. Aufl., vor §128 B II, Rdnr. 13)

すなわち、Leipoldは、「公正手続請求権」の保障の効果として、審尋請求権の保障内容に関する従来の形式的な解釈を凌駕し、単なる意見表明権の保障を超えた、むしろ基本法一〇三条一項に意味の深い実効的な保障が要

請されることを指摘する。

具体的には、裁判所が裁量的に手続を形成できる局面においては、特に、当事者の利益を守る方向での裁量権行使を義務づける効果もたらされることになる。そして、Leipoldは、このような効果から、公正手続請求権を「手続法上の裁量権行使の憲法的指導基準」(verfassungsrechtliche Leitlinie für die verfahrensrechtliche Ermessensausübung)と定義づけ、また、審尋請求権を公正手続請求権によって鑄造(Ausprägung)された最も重要な権利と位置づけている。

結果として、Leipold説もまた、Vollkommerと同様に、両原理の有機的關係を認めており、その必然性を強調している。

このように、両見解とも、Lercheが主張する両原理の有機的關係を前提とする適正効果(Optimalen Wirksamkeit)⁽³⁾という方向性を支持する点で一致しており、公正手続請求権は、審尋請求権の最適保障(optimale Gewährung)に向けられた構成原理と位置づけることができる。両説は、形式的でない実質的なフェアネスをその本質内容と捉える点で共通しているのである。

では、両説の違いをどのように捉えるかであるが、私は、審尋請求権との融合形成の違いに拠るものと考えられる。公正手続請求権を既存の上位概念と位置づけ、包括的、一般的な権利保護基本権とするVollkommer説に対し、Leipold説は、審尋請求権の展開、すなわち、同権利に内在する原理であり、その融合を必然的なものと捉えている。従って、両原理の融合の度合いの点では、Leipold説のほうが、その結びつきがより強いように思われる。私見としては、Leipold説を首肯したい。このように、両原理の結びつきをより強固に捉えることで、Fritz Baurの強調する審尋請求権概念の不正防止機能を正当化し、また、有紀説によって展開された非訟事件手続一

般を対象とする同原理の内在化論もまた、その真正をより強固にすることができると考えるからである。

いずれにせよ、Karl Larenzが、「原理はその固有の意味内容を相互的な補充と制限の合奏のなかではじめて保つ」とのCANARISの立言を引用し、基本法が保障する法治国家原理の下での下位原理の有意義的な結びつきから「内的体系」が形成され、それらの各原理の相互的な補充と制限の合奏からはじめて、原理の到達距離と十分な意味が明らかになると述べているのは正鵠を得ている。⁽³⁾

六 一般規定 (rechtliches Gehör) の意義

1 新法 (F a m F G) の制定過程⁽³⁾

新法 (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit = FamFG) の前身であるドイツ非訟事件手続法 (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit = FGG) は、一八九八年五月一七日に成立、同月二〇日に布告され、一九〇〇年一月一日に施行された法律である。

その内実は、ドイツ民法典 (B G B) やドイツ商法典 (H G B) の領域について制定された手続法の大綱法 (Rahmengesetz) にすぎず、非訟事件の手続法としての完結的な規律を含んでいない。実際に、ラントの立法は、F G Gの施行や修正のための規定(二〇〇条)や一定の領域については、異なる手続規定を定めうる

(一八九条)と規定している。⁽⁸²⁾

このようなF G Gの改正を目的として、連邦司法省内にF G G委員会が設置され、委員会は一九七二年四月二八日に採択した草案に対する各種意見を踏まえ、一九七七年二月には、最終報告書 (Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit) を公表した。

しかし、その中身は、不完全なうえに官僚国家的構想によっているため、憲法の要請に応える解釈が必要であり、不明瞭な状態のままであった。

実際に、F G Gの総則規定には、基本法一〇三条一項の保障については具体化されず、審尋請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) は、解釈の範囲内で認められているにすぎない状況であった。⁽⁸⁴⁾

もっとも、一九七二年四月二八日に可決された草案の理由書によれば、こうした「法の欠缺」状況について、「申立当事者や裁判官にとつて、問題となる法の規律を見い出すことを困難にする手続のゆき過ぎた形成や発展へと司法をやむなく強制することになってしまふ。その上、法の分散は、裁判所が法の形成をカズイスティックな方法で行なうという危険を自らのうちに埋蔵することになり、多数の個別的規律は、裁判所に全体的な関連についての理解を遮ることになる」と指摘している。⁽⁸⁵⁾

その後、世話法 (Betreuungsgesetz) の改正手続に押しやられるかたちで、F G Gの実質的な改正作業は一旦中断したが、ようやく、二〇〇〇年七月に、連邦司法大臣から諮問がなされ、Problemkatalogsを基礎に新たなReferentenentwurfの策定に向けての準備が再開されることになる。⁽⁸⁶⁾

その骨子は、大家庭裁判所 (“großen Familiengerichts”) 制度の導入、真正争訟事件手続のF G Gから独立した手続立法への移管、包括的な総則規定の創設などであった。⁽⁸⁸⁾

FGG委員会には、非訟事件手続における広範囲な改革を目標として、連邦司法省内に新たな専門作業部会が設置されることになる⁽³⁹⁾。FGG-Allgemeiner TeilのグループとFamIengerichtliche Verfahrenの専門グループである。

作業部会では、当初、真正争訟事件のZPOへの移管、住居及びその他の財産に関する手続(Wohnungseigentumsverfahren = WEG-Verfahren)及び株式法に基づく請求手続を審議の対象としていたが、Problematikatalogへの各ラントの提言を踏まえ、家事事件手続の主要部分の同化、WEG-Verfahren等の排除を新たな課題として加えることになる。両作業部会は、その後、二〇〇三年四月一日の共同開催を経て、同年一〇月には、家事事件及び非訟事件手続に関する総則規定のErsten Diskussionsentwurf (eines neuen Allgemeinen Teils für ein Familien- und Freiwillige-gerichtsbarkeit-Gesetz (= FFGG))を公表しており、その主な内容は、一九七七年に公表された第一次改正草案(Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit)の骨子を範としている。その構成は九三のパラグラフに及び、関係人概念(eine Beteiligendefinition)及び関係人への包括的な審尋請求権の保障のための総則規定(Vorschriften zur umfassenden Sicherung des rechtlichen Gehörs der Beteiligten)などの規定が新たに追加されている。

その後も、二〇〇五年六月六日には、連邦司法省からErsten Referentenentwurfが、そして、二〇〇六年二月一四日には、Vollständigen Referentenentwurf (Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [非訟事件及び家庭事件手続に関する法律・参事官草案])が公表されることになる。

二〇〇七年五月九日、連邦内閣は、FGG-Reformgesetzes (FamFG sowie Das Gesetz über Gerichtskosten in

Familien-sachen (= FamKG) を政府草案 (Regierungsentwurf (BT-Drs. 16/6308, S. 172 ff.)) として正式に決定し、連邦参議院に提出した。これを受けた連邦参議院は、二〇〇七年七月六日、一二五の提案を内容とする意見書を公表し、連邦内閣は、この意見書の内容を踏まえた修正草案を同年九月七日に連邦衆議院に提出している。その後、連邦衆議院では、二〇〇八年二月一日に総則部分に関して、同月一三日には家事事件手続に関する専門家による公聴会が実施され、そこでの反対意見等を踏まえた連邦司法委員会の報告書が第二次政府草案 (Entwurf eines Gesetzes zur Reform des verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz: FGG-RG)) (BT-Drs. 16/9733 S. 283 ff.) として提出され、二〇〇八年六月二十七日、ようやくこの最終草案が可決された。そして、二〇〇八年九月一九日、基本法一〇四条 a 第四項に基づく連邦参議院の同意 (Einspruchsgesetz)、連邦司法大臣の署名を経て、F a m F G は成立した (BR-Drs. 617/08 Beschluss)。こうして成立した、新法は、後見裁判所の廃止に伴い、家庭裁判所がその権限を拡大することになるため (Großen Familiengericht)、その準備期間を考慮して、二〇〇九年九月一日から施行されている。⁴⁴⁾

2 F a m F G 三四条の意義

手続関係人への審尋請求権の保障をめぐり、F G G が直面した法の欠缺の問題やその補充的操作による基本法との衝突の問題などを回避することを目的とし、Ersten Diskussionsentwurf を原型に、参事官草案 (Referentenentwurf) を経て、F a m F G 三四条は新設された。同規定は、法原理としての審尋請求権概念が実定化されたものに他ならない。

その結果、F a m F Gには、F G G一二条を継承し職権探知主義の採用を宣言する二六条と共に、事家の解明を目的とする審問規定（三三条）と審尋請求権の保障を目的とする審問規定（三四条）が置かれ、その趣旨が明確に区別されることになる。⁽⁴⁾

以下、政府草案の理由書を参照し、三四条の趣旨について、要約しておく。⁽⁴⁾

本条一項は、審尋請求権の保障を目的とする基本法一〇三条一項の趣旨に則し、手続関係人本人への直接的な審問を保障する一般規定である。

同項一号は、その保障範囲について、特別な義務なく、裁判所が必要に応じて聴聞行為を実施することができる旨規定している。これは、聴聞行為が、裁判所の羈束裁量行為であることを意味する。

ここで、どのようなケースにおいて聴聞行為が必要といえるのが問題となる。

理由書によれば、基本法一〇三条一項の趣旨に鑑み、手続の対象が、関係人の人格権への介入である場合には、本人審問が常に考慮されなければならないとしている。さらには、関係人が書面による陳述で、その意思を有効に手続に反映させることが期待できない場合にも本人審問が想定されることになる。そして、審問の具体的方法の選択については、関係人の意向を効果的に引き出せるかが重要な要素となり、その実施場所の決定については、裁判所の認識の利益が重要な判断要素となる。

F a m F G二七八条一項三号が、裁判所の決定に基づいて、手続関係人の通常的生活場所における聴聞行為を規定しているのは、同趣旨に沿うものに他ならない。

もっとも、これに対する例外的措置として、暴力保護に関する事件において、F a m F G三三条一項二文に基づく特別な配慮としての個別の聴聞行為（F a m F G二二三条一項）、また、保全決定における事前措置とし

ての聴聞行為に関する F a m F G 四二七条二項の規定が置かれている。

審尋請求権の保障を目的とする審問行為には、本人の出頭のみが要求されることから、裁判所がそれを裁判の基礎としようとする場合に限り、不意打ちを防止する趣旨から他の関係人には審問の結果を通知しなければならぬ（F a m F G 三七条二項）。

同項二号は、本法及び特別法に置かれた特別聴聞規定のうち、審尋請求権の保障に資する側面を有する聴聞規定⁽⁴⁾を対象としている。

本規定は、二義性を有していた聴聞規定の解釈規準としての機能を有することになる。

また、家庭裁判所の手続や世話裁判所の事件に規律される審問行為の殆どは、その規律形式から、*„Sollvorschriften“*と呼ばれるものであって、二号はこれらの規定にも関わることになる。

既に四一で述べたとおり、ドイツにおける通説の立場は、基本法一〇三条一項の適合解釈によって、法の欠缺に伴う基本法との衝突の問題を回避してきた。しかし、本条の新設により、これらの規定の第一次的解釈規準は本規定となるため、これらの問題は解消し得ることになる。

本条二項は、従前、後見裁判所の許可事件に規律されていた審問規定（F G G 六九 d 条一項三文）を継承し、裁判所による配慮義務が一般規定化されたものに他ならない。

例えば、重大な理由（*Schwerwiegenden Gründen*）による場合（z. B. F a m F G 一五九条三項、一六〇条三項）、また、関係人への健康侵害が予想される場合（z. B. F a m F G 一九二条三項、一九三条 i. V. m.）、さらには、関係人において自ら意思を表明することが明らかに不可能と判断される場合（z. B. F a m F G 二七八条四項、三一九条三項⁽⁴⁾）に、例外的に聴聞行為が中止されることを内容としたものである。

また、本来、直接本人への審問行為は、手続関係人の利益保護を目的とするものであるから、関係人が自らこれを放棄する場合には、裁判所による審問行為が実施されないからといって、審尋請求権侵害の責任は追及されないことを意味する。

本条三項は、関係人が審問期日へ無断欠席した場合には、前項の放棄の意思と同様の法律効果を認め、裁判所の責務（審尋請求権保障義務）を免除している。そして、本人審問は、専ら関係人の手続保障のためのものであるから、欠席の場合に、秩序罰や強制措置は問題とならない。

もっとも、同項二文は、こうした欠席の場合の手続関係人への不利益を考慮し、それらへの配慮から裁判所に不出頭による効果についての事前の告知を義務づけている。

なお、本項は、裁判所の手続促進義務との関係から、失権規定としてもまた機能することになる。

最後に、Friedrich Lentが提唱した「一般法原則」としての審尋請求権概念が、F a m F G三四条に実定化された意義を要約すると、次のとおりである。

本条一項一号は、法の欠缺（実体的欠缺）の場合における補充的操作として、基本法一〇三条一項に代わり直接適用の対象となり、同項二号は、二義性が問題とされた聴聞規定の一次的解釈規準として機能することになる。そして、これらの規定の適用によって、基本法一〇三条一項との衝突の問題や法治国家原理の充足の問題は回避されることになる。更に、これらの規定の新設は、基本法との有効性の連鎖の下に、法原理としての審尋請求権概念に関する法体系を形成することになる。

本条二項は、公正原理に基礎づけられた裁判所の配慮行為を義務づけており、また、本条三項は、関係人への適時の保障を目的として、裁判所の一般訴訟促進義務との調整規定として位置づけることができよう。

こうしたドイツにおける先駆的な功績は、次に示すとおり、審尋請求権概念の実効性に乏しいわが国の実状に対し、進むべき方向性を示唆するものである。

七 わが国の現状と課題

1 審尋請求権概念の憲法化と法原理性

わが国における手続保障の憲法化という問題意識の高揚に、ドイツ法におけるそれらの展開が、実務家及び民訴法学者に少なからず影響を与えたことは間違いない。とりわけ、その根幹をなす審尋請求権概念に焦点をあてることができる。

鈴木忠一元判事は、論文「非訟事件に於ける正当な手続保障」⁽⁴⁾の中で、ドイツ基本法が手続基本権として保障した審尋請求権を、旧関税法第一一八条一項の規定する被告人の占有する第三者の所有物の没収に関する最高裁昭和三七年一月二八日大法院決定⁽⁴⁾などを引き合いに出して、憲法三二条によって認められてゐるものと解すべきであるとし、さらに、非訟事件の領域に於いても、非訟事件手続法による過料の裁判の合憲性に関する最高裁昭和四一年一月二七日大法院決定⁽⁴⁾を引き合いに出し、審問を求める権利が認められてゐると立言された。

もっとも、その内実は、非訟事件手続の特質・多様性により、その方法或はその時期・回数等が裁判官の裁量に委ねられると帰結する点で、その実効性に問題を残すものであった。⁽⁶⁾

その後、中野貞一郎教授は、手続諸原則の多くを憲法上の要請と位置づけ、それらを連邦憲法裁判所の判断に委ねようとするドイツの学説の動向を踏まえ、審尋請求権の保障もまたその一つであることを、次のとおり言明された。

民事裁判の手続につき、(中略) 審尋請求権の保障、手続上平等の原則、適時審判の原則および公開審判の原則を憲法上の要請と掲げたいと思う。いずれも、基本的な抽象的原則であり、各個の訴訟法規がそれらを具体化して定立されている限りでは、直接にはそれらの法規の違背が問題となるにすぎないが、法規がないところでは憲法上の原則が裁判所や訴訟関係人の行動上の指導理念となり、或いはそれらの行動に対する評価基準として機能するのである。(中野貞一郎「民事裁判と憲法」新堂幸司編集代表『講座・民事訴訟①民事紛争と訴訟』(弘文堂、一九八四年) 一頁所収、一三～一四頁)。

また、訴訟当事者への基本的手続保障の「憲法化」の要請と別の視角から、わが国においても発効している国際人権B条約一四条一項を根拠に、「公正な審理を受ける権利」もまた、訴訟法規の重要な解釈基準として取り入れることが要請されると重ねて言明された。⁶¹⁾

その根底にあるのは、一九六〇年代から一九七〇年代にかけてのドイツ連邦憲法裁判所による「公正な手続(実施)を求める権利(請求権)」に係る決定例や、同権利をめぐる学説の展開に⁶²⁾触れられ、この権利もまた、手続基本権の一つであることの確信に他ならない。そして、この公正手続請求権は、手続的正義の観念を根拠とするものであり、審尋請求権との密接な関係があることは、既に⁵⁴⁾述べたとおりである。

ところで、中野教授は、この手続的正義の具体化として、裁判所による釈明義務(事案解明義務)を例として掲げている。わが国の民事訴訟法には、この釈明義務に関する明文規定はないが、一四九条一項に、釈明に関

する権限（釈明権）が規定されており、同項は、釈明義務をも含めていると解するのが、通説・判例の立場である。⁽⁵⁾そして、現行法上、この釈明義務違反は、法令違反とされ、最高裁判所への権利上告の理由とはならず（三二二条）、上告受理制度（三二八条）の対象となる。

これに対し、釈明義務違反を基本権違反（公正手続請求権違反）と捉える中野説に従えば、その違反事由は権利上告理由（＝憲法違反）の主張の可能性を示している点で、このイムバランスが気にかかると鈴木正裕教授は指摘している。⁽⁶⁾さらに、鈴木教授は、その違法規準を民事訴訟法第二条の「公正」に求めるとした場合には、当該規定に責務規定以上の地位を認めることになり、公正手続請求権を憲法上の権利にまでランクすることの適切さが、なお疑問として残らざるを得ないとも指摘する。

これらの鈴木教授の指摘は、審尋請求権の保障を一樣に憲法上の要請と捉えてきたわが国の学説の理解に、大きな問題を投じることになる。すなわち、従来、簡易法に明文化され、或いは、解釈上、個別聴聞規定に内在化されると理解されてきた審尋請求権法理もまた、一転して、憲法化の問題へと昇華することによって、既存の上訴手続の枠組みとの間にズレが生じてしまう点である。

こうした点を踏まえ、私見としては、審尋請求権法理への違背行為は、基本的に、法令違反の問題であり、その態様が人格権への介入にあたるなどの重大な侵害行為に該当する場合に憲法違反の問題が生じることになると解したい。

そもそも、簡易法に置かれる陳述聴取規定、或いは機能保障に係る釈明義務などに関する規定は、法原理としての審尋請求権概念に基礎づけられたものであるから、同概念がその第一次的な解釈規準として機能するべきものであり、憲法上の規律は二次的解釈規準となるべきであると考えらるからである。

ところで、こうしたわが国の審尋請求権論の展開を見る限り、学説上、憲法化に向けて、その強化が唱道される反面、法原理（法原則）としての審尋請求権概念の規範性は欠如し、有紀説が論証した同概念の内化もまた否定しかねない状況がある。

以下では、わが国のこうした実態を、判例を通じて明らかにし、法原理としての審尋請求権概念の規範性の有無を検証しておきたい。

2 最高裁第三小法廷平成二〇年五月八日決定の意義と問題点⁽⁶⁷⁾

〔1〕最三決平成二〇年五月八日家月六〇巻八号五一頁、裁時一四五九号一頁、判時二〇一一号一一六頁、判夕一二七三号一二五頁―棄却

最高裁判所第三小法廷（平成一九年（ク）第一一二八号）は、平成二〇年五月八日、原々審（横浜家裁小田原支部平成一九年（家）第四六九号）の婚姻費用の分担に関する処分の審判を変更した原審（東京高裁（平成一九年（ラ）一二五七号））の決定に対する特別抗告の申立てを棄却した⁽⁶⁸⁾。本決定は、非訟事件手続における関係人に対する審尋請求権（当事者が裁判所に対して自己の意見を表明し、かつ、聴取される機会を与えられることを要求することができる権利）の保障が、憲法三二条に包含されるものかどうかについての最高裁の判断が注目された事例であるが、結論的には、昭和三五年七月六日大法廷決定（民集一四卷九号一六五七頁参照）、昭和四〇年六月三〇日大法廷決定（民集一九卷四号一一一四頁参照）の立場を踏襲し、いわゆる訴訟非訟峻別論を基準に、本件が本質的に非訟事件に属することを理由として、憲法三二条違反の問題は生じないとしたケースである⁽⁶⁹⁾。

そもそも、本決定の多数意見が引用したこの二つの大法廷決定の事例は、憲法八二条が要求する公開原則が問題となったケースであり、審尋請求権の保障の是非が問題となる本件とは、様相を異にしている。

それにもかかわらず、最高裁は、三二条の固有の保障の問題としてではなく、八二条との一体的保障という従来の立場を固守した。もつとも、その背景には、非訟事件手続における審尋請求権の保障の対象及びその具体的内容が不明確であること、その明確性保持の観点から、立法政策上、それらに関する個別の規定を設けるべきとしてきたことに原因があるとの指摘もある。⁽⁶⁾

対照的に、わが国の学説は、早い段階から、こうした最高裁の立場の限界性を指摘し、手続保障の根幹である審尋請求権の保障を「裁判を受ける権利」（憲法三二条）の固有の保障の問題であることを指摘してきた。

このように、審尋請求権の保障をめぐり、わが国の学説と実務の乖離状況は明らかである。以下に、本決定に示された多数意見並びに那須反対意見及び田原補足意見に孕む問題点について分析しておきたい。

【事実の概要】

X（妻・特別抗告相手方・原々審の申立人・原告人）とY（夫・特別抗告申立人・原々審の相手方・即時抗告の相手方）は平成一七年四月に婚姻した。XはYの暴力などを理由に、平成一八年五月一二日に長女A（Xの連れ子で、XY婚姻時にYと養子縁組をした。）を伴い、Yと別居し、同年一〇月、離婚を求めて横浜家庭裁判所小田原支部（原々審裁判所）に夫婦関係調整の調停と婚姻費用分担の調停を申し立てたが、平成一九年五月、各調停は不成立となり、婚姻費用の分担の調停が審判手続に移行した。原々審裁判所は、平

成一九九年八月九日、Yの負担すべき一か月の婚姻費用の額は一二万円であるとし、Xに調停が申し立てられた平成一九年一〇月から平成一九年七月までの合計一二〇万円から仮払金二五万円を控除した九五万円の支払と平成一九年八月から離婚又は円満同居に至るまでの毎月一二万円の支払を命じる審判（決定）をした。これに対し、Xは即時抗告（家事審判法一四条）を申し立て、抗告裁判所（東京高裁）は、平成一九年一〇月一日、Yの負担すべき婚姻費用の額は一か月一六万円が相当であるとし、Yに対し、一六七万円（平成一九年一〇月から平成一九年九月まで一二月分の合計一九二万円から仮払金二五万円を控除した額）の支払と平成一九年一〇月から離婚又は円満同居に至るまで、一か月一六万円の支払を認める変更決定をした。ところが、抗告審は、原決定をするにあたって、Yに対し、Xが申し立てた即時抗告状、抗告理由書の写しの送達又は送付の措置を採らなかった。Yは、Xによる即時抗告申立てを知らされないまま、それに関する原審での主張する機会（反論の機会）を逸しており、そうした状況の中で、原審が自己に不利益な判断をしたことは、抗告の相手方の「裁判を受ける権利」を侵害するものであって、憲法三一条、三二条に違反するとして、本件特別抗告（民訴三三六条）を申し立てた。なお、Yは、特別抗告の申立書の理由中において、原決定が認定している仮払金の既払金二五万円のほか、原決定がされるまでの間、平成一九年七月一八日及び同年一〇月一〇日に仮払金として各五万円をXに支払った旨の主張をしている。

【決定理由】

「憲法三三一条所定の裁判を受ける権利が性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求めることができる権利をいうものであることは、当裁判所の判例の趣旨とするところであ

る（最高裁昭和二六年（第一〇九号同三五年七月六日大法廷決定・民集一四卷九号一六五七頁、最高裁昭和三七年（第二四三号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九卷四号一一一四頁参照）。したがって、上記判例の趣旨に照らせば、本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分、審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の「裁判を受ける権利」とは直接の関係がないというべきであるから、原審が、抗告人（原審における相手方）に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが同条所定の「裁判を受ける権利」を侵害したものであるということはできず、本件抗告理由のうち憲法三二条違反の主張には理由がない。また、本件抗告理由のその余の部分については、原審の手続が憲法三一条に違反する旨をいう点を含めて、その実質は原決定の単なる法令違反を主張するものであって、民訴法三三六条一項に規定する事由に該当しない（傍点引用者）。」

「なお、（中略）仮に抗告人の主張するような仮払金支払の事実があったとすれば、抗告人は、原決定の執行力を排除するために、その事実を異議の事由として請求異議の訴えを提起することができるものと考えられるが、本来、仮払金支払の事実の有無については、原審において審理されるべきものである。ところが、本件記録によれば、原審においては、抗告人に対して相手方から即時抗告があったことを知らせる措置が何ら執られていないことがわかれ、抗告人は原審において上記主張をする機会を逸していたものと考えられる。そうであるとする、原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強い、そもそも本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人にも攻撃防御の機会を与えるべきであり、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要で

あったといふべきである。以上のとおり、原審の手續には問題があるといわざるを得ないが、この点は特別抗告の理由には当たらないところである（傍点引用者）。」

裁判官那須弘平の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で抗告棄却。なお、裁判官田原睦夫の補足意見がある（那須弘平、藤田宙靖、堀籠幸男、田原睦夫、近藤崇晴）。

【裁判官田原睦夫補足意見】

「本件は、家事審判法九条一項乙類の審判の抗告審手續における相手方に対する手續保障と憲法三二条、三二条との関係及び審理手續の法令違反の有無が問題とされている事案である。憲法三二条の定める適正手續の保障は、同条が直接規定する生命若しくは自由に対する規制の場面だけではなく、国又は国家機関が、国民に対して一定の強制力を行使する場合に守られるべき基本原則というべきものであり、刑事手續だけでなく、民事手續や行政手續においても同条は類推適用されるべきものである。また、憲法三二条の定める裁判を受ける権利は、憲法三二条の定める適正手續の保障の下での裁判を受ける権利を定めたものであつて、裁判手續において適正手續が保障されていないときには、憲法違反の問題が生じ得る（傍点引用者）。」

「そこで、家事審判法九条一項乙類にかかる審理手續についてみるに、憲法三二条の定める手續保障の根幹をなすのは当事者の手續関与権であるところ、同手續では当事者の出頭義務（家事審判規則五条）や利害関係人の審理手續への参加（同規則一四条）を定め、また、参考人又は当事者を審尋する場合には、当事者双方が立会うことができる審尋期日においてなすものとされていて（家事審判法七条、非訟事件手続法一〇条、民事訴訟法一八七条）、当事者の手續関与権、審問請求権が一応保障されているのであつて、憲法三二条、

三一条の趣旨は、反映されているものといえる（傍点引用者）。」

「ところで、本件では、乙類審判事項の抗告審手続において、相手方に主張の機会を与えなかったことの適法性が問題となつているところ、抗告審の手続については、その性質に反しない限り、民事訴訟法の抗告審の規定を準用すべきものとされている（家事審判法七条、非訟事件手続法二五条）が、民事の抗告審の手続は、第一審の決定手続の性質に準ずるものであり、当事者の手続関与権や審問請求権が民事訴訟法に明定されているわけではない。しかし、憲法三二条、三一条が要請する当事者の手続関与権、審問請求権の保障の問題は、当該手続全体の中で捉えられるべきものであり、その手続の一部において手続保障が充足されていないとしても、手続全体としてみたとときにそれが確保されているときには、憲法三二条、三一条の趣旨は反映されているものといえるところ、上記のとおり、家事審判法九条一項乙類の審判手続には、当事者の手続関与権、審問請求権が一応充足されている以上、その抗告審の手続において、その保障を欠いていることをもって、上記の憲法各条違反の問題は生じないものといふべきである（傍点引用者）。」

「なお、抗告審の手続において、相手方の手続関与権、審問請求権が法定されていなくても、抗告審は職権による審理をなすに当たり、申立人の主張と相手方の主張とが対立していることが原審の記録から明らかなどときには、即時抗告申立書の副本又は写しを相手方に送付する等、相手方に即時抗告の申立てがなされた事実を通知して、相手方に反論の機会を与えるべきであり、相手方にかかる機会を与えないまま原審判を相手方に不利益に変更した場合には、審理不尽の違法の謗りを免れ得ないものといふべきである（傍点引用者）。」

【裁判官那須弘平反対意見】

「私は、本件処理のために家事審判規則、家事審判法、非訟事件手続法及び民事訴訟法を解釈するに際し、憲法三二条（裁判を受ける権利）に関する規定を念頭におきこれを解釈指針とすることにより、即時抗告の抗告状及び抗告理由書（以下一括して、「即時抗告の抗告状等」という）の送達ないしこれに準ずる送付が必要であったとの結論に到達でき、原審もこれを前提として決定をすべきであったと考える（傍点引用者）。」

「私は、少なくとも、この類型（＝争訟性の強い）の審判に関しては、憲法三二条の趣旨に照らし即時抗告により不利益な変更を受ける当事者が即時抗告の抗告状等の送付を受けるなどして反論の機会を与えられるべき相当の理由があると考ええる。このような当事者の利益はいわゆる審問請求権（当事者が裁判所に対して自己の見解を表明し、かつ、聴取される機会を与えられることを要求することができる権利）の核心部分を成すものであり、純然たる訴訟事件でない非訟事件についても憲法三二条による「裁判を受ける権利」の保障の対象になる場合があると解する（括弧内引用者、傍点引用者）。」

「（多数意見が採用する）昭和三五年最高裁決定（家屋明渡請求事件及び占有回収請求事件につき、裁判所が戦時立法の一環として制定された金銭債務臨時調停法に基づき調停に代わる決定を非公開の手続とした案件）及び昭和四〇年最高裁決定（婚姻費用の分担に関し家事審判法の規定に従い非公開で審判がされた案件）は、いずれも手続が当時の法律の定めに従い非公開で行われたことを問題とするものであるのに対し、本件は、即時抗告により不利益変更を受けた当審抗告人に即時抗告の抗告状等の送付・送達がなく反論の機会も与えられなかったことが問題とされている案件であって、真の争点は憲法八二条の公開原則の問題とは直接

の関係を有しない。憲法八二条が要求する公開の対象となる事件の範囲を区切る基準（同条二項では、裁判官の全員一致で非公開とする例外的処理の途も認められている）と憲法三二条が要求する審問請求権ないし手続保障の適用範囲を区切る基準とは同一とは限らない。それゆえ、昭和三五年最高裁決定及び昭和四〇年最高裁決定を根拠にして、本件が「裁判を受ける権利」と無関係と切り捨てる考え方には賛同できない（傍点引用者）。

「昭和三五年最高裁決定は、同種事案につきそれまでの判例（昭和三一年一〇月三一日最高裁大法院決定等）を変更して裁判の非公開が一定の場合に憲法違反となることを明らかにした点については大きな意義があったと認められるものの、憲法三二条の適用範囲を「純然たる訴訟事件」に限定するかのごとく判示した点については学説を中心にして強い批判があることも周知のとおりである。「純然たる訴訟事件」以外にも、乙類審判事件を中心にして憲法三二条の審問請求権ないし手続保障の対象となるべき類型のものが存在することは否定しがたく、この点に関するかぎり、昭和三五年最高裁決定はいずれ当審において変更されるべきものであると考える（傍点引用者）。」

「以上検討したところにより、家事審判規則、家事審判法及び非訟事件手続法に基づく手続にも憲法三二条の理念が及ぶ場合があることについて積極的な見解を採る立場からすれば、上記各法律及び規則の解釈としても即時抗告により不利益変更を受ける原告人に対して反論の機会を与えるために即時抗告の抗告状等を送達ないし送付する必要があると解すべきことになる。このような考え方を排斥する理由として家事審判手続における職権主義・裁量主義の原則が引用されることがあるが、これらの原則は当事者の審問請求権や手続保障の機会を一般的に奪う根拠としては抽象的に過ぎて説得力を欠く。また、実務における運用状況は、む

しる審問請求権及び手続保障を尊重する方向にあり、本件について原決定を破棄するための理由とはなっても、抗告を棄却する理由とはならない。ところが、本件では原審において即時抗告の抗告状等の送達も送付もないままに抗告人に不利益に変更がなされたというのであるから、決定に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があったといふべきである（傍点引用者）。

【分析】

大審院以来、非訟事件手続における関係人への法的審尋請求権が認められるかどうかについて、那須意見が指摘しているとおり、わが国の判例の立場は、手続の職権主義的・裁量主義的構造を理由に否定的に解してきた。⁽⁶⁾

これに対し、学説は、審尋請求権をテーマに、それを憲法三二条の固有の保障の問題として捉え、訴訟か非訟かといった形式的規準ではなく、事件の特性に応じた、きめ細やかな保障態様への転換を進言してきた。そうした状況の中で、「訴訟の非訟化」の問題が提起され、本件のように、争訟性の強い非訟事件手続に関与する関係人への手続保障の問題が採り上げられることになる。

本決定における那須意見及び田原意見は、こうした学説の動向に歩み寄るものであり、今後の判例の展開に一石を投じたものと評価されている。⁽⁶⁾ 両意見は、少なくとも本件のような争訟性の強い事件を対象に、審尋請求権の憲法的保障を念頭に置いていることは間違いない。

これに対し、多数意見は、昭和三五年最高裁決定が採用した八二条との一体的保障の立場を固守し、審尋請求権が憲法三二条の固有の保障領域に包含されるかどうかの問題については、何らその見解を明らかにしていない。

では、以下に、法原理としての審尋請求権概念の権利性及びその保障内容の枠組みに関して、本決定が示す重要な問題点について指摘しておきたい。

第一に、非訟事件手続における当事者・関係人への審尋請求権の保障を憲法三二条の固有の保障の問題であることを前提とした場合に、その保障領域に関して、争訟性の認められない、いわゆる、古典的非訟事件をもその射程に含めることができるかどうかである。

この点、ドイツでは、歴史的にも、ナチスの侵害の反省から、職権探知主義を基本原則とする手続領域において、司法官権的な発想による国家の専断への懸念が強調されてきた。国家と関係人との間に生じる緊張関係を保持するために、審尋請求権の保障によるこれらの排除機能が重視されてきたのである。審尋請求権の保障は、適正手続（公正な手続）に向けられた必然的要請に他ならない。

そこで、田原意見が、憲法三二条の定める「裁判を受ける権利」を、憲法三一条の定める適正手続の保障の下での裁判を受ける権利を定めたものと定義づけたことは意味深い。すなわち、公正原理との融合から審尋請求権におけるこの不正防止機能を重視している点である。こうした考え方を前提とすれば、審尋請求権の保障領域に関する重要な問題として、争訟性の認められない古典的な非訟事件をもその射程に取り込むことが可能である。

このように「適正な手続」の観念に結びつけられた審尋請求権概念というものを想定している田原意見は、「手続の一般的正義」の観念を審尋請求権法理の根幹と位置づける Peter Lerche の考え方に通じている。

他方、那須裁判官は、審尋請求権の保障を憲法三二条の固有の保障の問題と捉え、その内容面では手続関係人への不意打防止機能を重視し、その保障領域についても、純然たる訴訟事件でない非訟事件もまた、その対象に含まれることを明言している。

ドイツでは、基本法が公布される以前の段階から、非訟事件の手続関係人への審尋請求権の保障に関して、職権主義を根拠に否定的見解が優勢な中で、争訟性の認められない古典的非訟事件もまたその保障領域に含まれるとする有力説（既に三で紹介したLent説）が唱えられた。

その後、基本法が公布された後の一九六四年には、Helmut Koidelは、その教授資格取得論文『非訟事件手続における法律上の審問の原則』の中で、職権探知主義を採用する手続、とりわけ、非争訟性の事件に関しても、法律上の審問の原則（審尋請求権）の保障が必要であることを言明している。⁽⁶⁴⁾

法律上の闘争状態にある各当事者の投影に寄与する審尋請求権の機能的側面を重視し、その保障範囲を争訟性ある手続に限定するLoweの見解⁽⁶⁵⁾に対して、Koidelは、職権探知主義が採用される手続の領域においても、法律上の審問の原則が保障されることによって、手続一般法原則としての口頭主義や直接主義をも実効化することができる⁽⁶⁶⁾と反論している。

Baurもまた、古典的非訟事件の領域における審尋請求権の保障の必要性を唱えている。手続の結果によって、法律上の地位に重大な影響を受ける利害関係人に対し、その人格や財産の権利喪失や剥奪の危険性を回避するために、審尋請求権は保障されなければならないと。Baurは、古典的非訟事件の領域における審尋請求権の保障の根拠を基本法の精神である「人間の尊厳」に基礎づけ、そして、不公正に対する防御（Unrechtsabwehrtendenz）機能を重視している。⁽⁶⁷⁾

ドイツでは、今日、こうした有力説を支持する学説の動向に従い、争訟性の認められない古典的非訟事件もまた、審尋請求権の保障領域であることが、判例も含め共通の理解とされている。そして、それが確立したのは、基本法が公布され二〇年経過してのことであった。

今日、わが国の学説上も、ドイツと同様に、家事審判手続において、甲類、乙類を問わず、審判手続の過程で、随時、当事者ないし関係人が判断資料に対して自己の意見を表明する機会が保障されるべきであると主張する有力な意見もある。⁽⁸⁾

また、審尋請求権の権利性を否定してきたわが国の実務においても、当事者間に実質的な利害の対立がある事件については、真実の発見及び当事者の権利保障の点からなるべくは当事者を審問し、また、第三者の審問についてもできれば当事者に立会いの機会を与えることが運用上望ましいという考え方が下級審の裁判例でも浸透してきたことが伺える。⁽⁹⁾

こうしたわが国の現状を鑑みるに、非訟事件における審尋請求権の保障領域に関して、少なくとも争訟性が認められる事件については、その射程に含まれることで争いがないように思われる。現に、新法（家事事件手続法）の総則規定には、こうした現状に呼応し、相手方のある事件の特則として、審尋請求権の保障を目的とした陳述聴取規定（六八条）が整備されている。今後の課題は、争訟性の認められない事件の関係人への審尋請求権保障について、その実効性をどのように確保するかである。

第二の問題点は、審尋請求権の審級保障に関してである。抗告審における審尋請求権の固有の保障を認めるかどうかである。因みに、田原意見は、審級毎の保障を否定し、その保障は、審級全体の中で考慮されればよいとしている。

この見解は、最高裁判所昭和四一年二月二七日大法院決定が示した、「その不服申立だけを切り離して考えると実質上、訴訟事件に類するものとみる余地があるとしても、それが突如として純然たる訴訟事件に転化する」と考えるべきではない。その不服申立についての手続をどうするかは立法政策の問題で、公開・対審の原則を採

用しないでも違憲だとはいえない。」との考え方に依拠している。要するに、憲法の保障内容には、同八一条に関わる場合を除き、審級の利益を含まないとする立場である。⁽⁹⁾

私見としては、次の鈴木忠一元判事の言明を首肯し、抗告審における当事者などにも、第一審におけると同様に審尋請求権が保障されるべきであると考ええる。

抗告審に於いて、法律の規定を無視して、当事者に審問の機会を与へずに不利な裁判を為したときは、法令の違背になることは勿論であるが、非訟法第二五条により準用される民訴法第四一三条に所謂「決定に影響を及ぼすこと明なる法令の違背」に該るか否かは疑問なしとしない。しかし、法律に規定がなくとも審問を求めめる権利が全く無視された場合には、それによって不利を受けた当事者は同条に所謂「憲法の違背」を主張し得ることは明かであろう。そして憲法の審問を求めめる権利が具体的な法律の規定の保障的役割を果してゐることを考へれば、審問を求めめる権利を全く無視した場合（例へば抗告人の相手方が一審で勝つてゐる場合に、抗告審は何等抗告人の相手方に審問の機会を与へず、証拠の申出も採用しないで一審の裁判を変更した場合、抗告理由書の提出が予告されてゐるのに、これを待たないで、抗告人に不利な裁判をした場合）又はこれに近い場合は、民訴法第四一三条の後段に該当すると解するのが相当と思はれる（鈴木忠一「非訟事件に於ける正当な手続の保障」『非訟・家事事件の研究』（有斐閣、一九七一年）三二二頁）。

本件は、抗告審において、相手方に対し、何ら即時抗告の申立てがあつたことを知らせる措置を採ることなく、審問の機会を奪い、不利益な結果を被らせた事例であり、この訴訟指揮は、鈴木忠一元判事が言明するように、審問を求めめる権利を全く無視した状況に等しく、同時に、憲法違反の可能性も払拭できない。

この点、ドイツでは、学説上、抗告の申立てに全く理由がない場合でも、抗告人の相手方に全く審問の機会を

与えないのは合目的でないとする見解が通説的立場であり、判例もまた、再抗告審において、再抗告が認められる場合にも、抗告審において相手方に当事者としての審問の機会が与えられなかったことは、再抗告審では治癒し得ないため、差戻しが必定であると判示している。⁽⁷¹⁾ 結論として、審尋請求権に関する審級の利益を保障しているのである。

このように、いずれの問題についても、非訟事件手続における関係人への審尋請求権の保障の実効性の観点から、わが国とドイツの間には、そのアプローチに大きな隔たりがある。既に一で述べたとおり、手続保障の憲法化への拒絶感から、憲法三二条或いは同三一条の固有の保障の問題として捉えきれないわが国の実状が原因として考えられる。⁽⁷²⁾ 更には、審尋請求権に関する明確な規律を設けていないわが国の立法状況の中で、その具体的保障が裁判所の裁量に委ねられていることが最大の誘因であると考える。

谷口安平教授は、一般条項の導入によって実体法自体が裁判官の裁量に依存する度合いを深めているこうしたわが国の裁判実務の状況について、「最高裁の論理では手続保障を軽減する方向に向いこそすれ、これを重視充実することにはなりえない。」と指摘している。⁽⁷³⁾ さらに、「利害対立の程度、判断資料を当事者側からの提出に頼らねばならない度合い、迅速の要請の程度、裁量性の程度、公益性の程度、などいろいろな要素とのかね合いにおいて当事者の手続保障を考えるのでなければ違憲の問題を生じうるといふべきである。」と警鐘を鳴らしている。

こうした意見をも真摯に受けとめ、非訟事件手続における審尋請求権の実効性の確保の観点から、立法論として、何らかの明文の規定が置かれるべきである。⁽⁷⁴⁾

その具体的発現として、憲法上の明文規定、或いは実法と有効性の連鎖によって同一法体系を形成する他の法

規範に求められると考える。

このことは、次のドイツ連邦憲法裁判所の一九五七年七月二四日の決定例からも明らかである。

本件は、訴訟費用に関する即時抗告審の決定に対する不服申立ての規定が置かれていない立法状況において、抗告審における手続関与権を奪われた関係人らの救済目的から、基本法一〇三条一項違反を理由に、原審の決定を差し戻した事例である。決定当時は、既に、基本法一〇三条一項によって手続基本権としての審尋請求権が認められていた時期であるが、非訟事件手続一般を対象にそれが認められる（一九七〇年）以前の段階であった。

そうした中で、ドイツ連邦憲法裁判所は、ZPOに、訴訟費用額に関する抗告審の決定に対する再抗告が規定されていないとも、抗告審において不利益変更を受けた当事者の審尋請求権の保障を目的として、基本法一〇三条一項違反であるとして原審の決定を差し戻している。

連邦憲法裁判所第一法廷一九五七年七月二四日決定⁽⁸⁾―

【事実の概要】

憲法訴願申立人（刑事被告人）は、交通違警罪及び過失傷害行為による刑事被告人として200DMの罰金刑を課された。この刑事訴訟手続の中で、被害者（共同告訴人）は被告人に対し、附帯私訴の申立て⁽⁹⁾（請求金額744.70DM）を行ってゐる。参審裁判所（Schöffengericht）は、裁判所事務課の担当書記官による算定を基礎に321.01DM（内訳二回審理費用200DM他）の訴訟費用額の決定を行った。被告の弁護士である弁護士は、これを不服として、異議の申立て（Erinnerung）を行ったが、区裁判所がこれを却下したため、即時抗告の申立て（sofortige Beschwerde）を行つて、478.57DM（内訳 参審訴訟費用150DM、控訴審の二回

分の公判期日準備費用200DM、附帯請求費用100DM（他）の請求をしたが、ドルトムント地方裁判所は、一九五三年一〇月二日、原告人の申立てを一部認め、425DM（内訳 参審訴訟費用150DM、控訴審第一回公判期日準備費用200DM、第二回公判期日費用75DM）の訴訟費用額の決定を行った。そして、原告審の訴訟費用のうち2/5を附帯請求申立人、3/5については被告人の負担とした。この決定書は、原告申立人である弁護士に同年一〇月二六日に送達されている。しかし、刑事被告人には、いずれの手続にも、聴聞の機会を付与されず手続に関与することができなかったため、Art. 103 Abs. 1 GG違反を理由に、時機を得た憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）の申立てが認められた事例である。

【判旨】

ドルトムント地方裁判所の決定（一九五三年一〇月二四日決定）は基本法一〇三条一項に違反し、これを取り消す。ドルトムント地方裁判所の即時抗告に対する本決定を差し戻す。

【分析】

ZPO五六八条三項（現行五七四条）は、訴訟費用に関する地方裁判所の決定に対する再抗告を認めていない⁽⁸⁾。従って、本来は、即時抗告審における審理が終審決定となる。本件は、終審である抗告審において、申立ての通知を受けず、自らの意見を表明する機会が奪われ、しかも、不利益変更を受けた相手方における審尋請求権の回復を目的として、連邦憲法裁判所が基本法一〇三条一項違反を理由に差し戻した事例である。

連邦憲法裁判所は、決定理由の中で、ZPOには、StPO四六四条二項二号（現行法StPO四六四a条二項⁽⁹⁾）

のように、抗告審の相手方への聴聞を保障する *Anhörung* 規定が置かれていないが、ZPO 五七三条一項（現行五七二条四項）によれば、抗告に関する裁判は、口頭弁論を経ずにこれをなすことができ、加えて、同条二項（現行五七二条三項）によれば、裁判所の義務的裁量により、書面による説明を目的とした必要な命令を行使し得る結果、これらの規定を根拠に、相手方に対する十分な聴聞の機会が保障されているとしている。また、StPO 三〇八条と比較しても、制限的ではあるが、ZPO 九一 a 条二項（本案の終結）、九九条二項（費用決定の取消）の例外を除き、抗告手続における相手方への審問行為が明確に規定されていないが、これらの審問行為は、直接、基本法一〇三条一項に基礎づけられるものであると判示している。総じて、抗告手続における関係人においても *rechtliches Gehör* の保障が必須であることを言明している。そして、本決定は、抗告手続においても、*rechtliches Gehör* の原則が有効であると判示した前決定の立場（*BVerfGE* 6, 12）を固守したものである。

注釈書によっても、現行 ZPO 五七二条四項は、ZPO 九一 a 条二項、九九条二項と同様に、*rechtliches Gehör* が具体化された規定とされており、抗告の相手方への申立書、理由書及び裁判所の命令による説明書面（ZPO 五七一条四項二文）の送付を裁判所に義務づけている⁸⁰⁾。

連邦憲法裁判所は、同趣旨に則し、もし、抗告の相手方らに事件の係属が知らされなければ、その決定は不意打ちを意味し、法治国家原理に違背することになると判示している。

もつとも、例外的に、抗告の申立てが棄却或いは却下される場合には、当該義務は必要的不是なことも付言している。

因みに、わが国で、平成二三年五月二五日に公布された家事事件手続法には、抗告手続に関して、相手方への抗告申立書の送付の規定（八八条）が整備されている。そして、この規定をよく見ると、申立てが不適法、又は

理由がないことが明らかな場合を除き、抗告状の写しを原審における当事者及び利害関係参加人（抗告人を除く）に送付することを義務づけている。この内容は、達邦憲法裁判所が付言した送付義務の例外的事由に他ならない。しかし、このような例外事由を置くことは、手続面における人間の尊厳を基調とする基本法一〇三条一項の趣旨に相反するものであり、抗告の理由なき場合に相手方への審問機会を与えないのは合目的でないとする今日のドイツの通説・判例の立場と対峙している。この点については、後述する八の中で言及しておきたい。

さて、本決定に含意される重要な意義として、原決定が抗告の相手方にとって不利益に変更される場合、すなわち、相手方の利益侵害が予想される場合、申立人からの新たな申立が相手方への不意打ちを予想される場合には、民事訴訟法に明文の規定がなくとも、基本法一〇三条一項を直接の規準として、抗告申立書等の書面の通知（*mitteilung*）等の行為が常に義務づけられなければならないと判示した点を指摘しておきたい。これは、法の欠缺の補充的操作として、憲法の規定、或いはこれに代わる明確な法規範が必要であることを示唆するものである。そもそも、法の欠缺の際の補充の規準については、定式化されたものがないが、実定法規準の他にも、法の一般原則、社会通念、倫理的原理、正義、衡平、自然法等々の超実定法規準への十分な配慮が必要とされている。⁸³ Lentが強調した、「一般法原則」もまた、そうした法規範の一つに他ならない。

では、わが国のこうした補充規準をめぐる立法状況はどうであろうか。ドイツのように、審尋請求権に関する明文の規定を置いていないわが国においては、学説上、憲法三二条を根拠に、手続基本権の一つとして認められているにすぎず、実務上も、前記平成二〇年五月八日決定が示すように、憲法三二条等を根拠に確固たる規範性（権利性）を認めていない。

那須意見が示唆しているように、審尋請求権を憲法三二条の固有の保障の問題であることを前提に、すなわち、

手続基本権としての規範性が認められ、明確な解釈規準として十分に機能するのであれば、相手方の反論の機会を奪う結果となった原審の判断については、職権で破棄されるべきである（三三六条三項、三二五条一項）。

ところで、前記平成二〇年五月八日決定の後、最高裁第三小法廷は、平成二一年二月一日、遺産分割審判等に対する抗告審（東京高等裁判所平成二〇年（ワ）第一三六八号）において、即時抗告の相手方（特別抗告申立人）に対し抗告状の副本の送達又はその写しの送付をせずに原々審（さいたま家裁平成一七年（家）第三〇一一五号等）の審判を不利益に変更したことが、憲法三二条等に違反するものではないとして特別抗告の申立て（平成二一年（ウ）第四七〇号）を棄却している⁸⁵。第三小法廷は、抗告状の副本の送達をせず、攻撃防御の機会を与えることなく不利益な判断をしたとの抗告申立人の主張は、その実質において、単なる法令違反を主張するものであって、民訴法三三六条一項に規定する事由に該当しないと判示して棄却し、審尋請求権が認められるかどうかについては、平成二〇年五月八日決定と同様に、一切言及していない。そして、那須裁判官は、本決定においても、原審の手続の法令違反行為の重大性を鑑みると、相手方が即時抗告があったことを既に知っていたことや、抗告状に記載された抗告理由が抽象的にとどまることなど、多数意見の指摘する事情を考慮しても、憲法三二条違反の疑念が生じることになるものといわざるを得ないとして反対意見を述べている。

また、平成二二年八月四日、最高裁第二小法廷は、人身保護請求棄却決定に対する特別抗告事件（平成二二年（ウ）第三七六号）において、当事者の主張を十分に聴いてもらったうえででの裁判を受ける権利が憲法三二条の保障内容に含意されるか否かについての判断を示すことなく、単なる法令違反（人身保護法二一条一項）を主張するものであるとして抗告を棄却している⁸⁶。

さらに、平成二三年四月一三日、最高裁第二小法廷は、文書提出命令に対する抗告審の取消決定に対する特別

抗告事件（平成二二年ク第一〇八八号）において、抗告審（東京高等裁判所平成二二年ウ第一六八七号）が即時抗告申立書の写しを相手方（特別抗告申立人）に送付するなどして抗告人に攻撃防御の機会を与えることのないまま、原々決定を取り消し、文書提出命令の申立てを却下するという抗告人に不利益な判断をしたことは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するというべきであり、その審理手続には、裁量の範囲を逸脱した違法があるといわざるを得ないとして、原決定を破棄し、本件を原審に差戻している⁸⁵⁾。その審理の過程において、審尋請求権については触れず、その根源にある手続的正義（公正原理）を規準に、抗告審における判断の違法性を認めている。

加えて、手続的正義との関係では、平成二三年七月二七日、最高裁第三小法廷は、審判期日を指定しないことに対する抗告却下決定（東京高等裁判所平成二二年ウ第二一八八号）に対する特別抗告事件（平成二三年ク第五三一号）において、申立ての趣旨に乙類事項が含まれ、しかも、その事項の申立てに期間制限があるような場合には、申立人の権利保護に配慮して、審判への移行を求める意思の有無の確認をしておくべきであることを示している⁸⁶⁾。

こうした最高裁の状況を見る限り、憲法の規定を根拠に、解釈上、審尋請求権の規範性（権利性）を認めることはできない。
やはり、非訟事件手続における審尋請求権の具体的発現については、何らかの明文の規定が置かれるべきである。

このことは、次の七3で述べる下級審の決定例からも明らかである。

（未完）

- (1) Ohmar Jaenemig Zivilprozessrecht 29. Aufl., 2007, §28, Rdnr. 2.
- (2) Stein/Jonas/Leipold, ZPO Kommentar, 22. Aufl., vor §128 B II, Rdnr. 15, 124-137.
- (3) 田中成明『現代法理論』（有斐閣ブックス、一九八四年）一五九頁以下。
- (4) 田中・前掲注(3)一六三～一六五頁。
- (5) 田中成明「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」法曹時報五五卷五号（二〇〇三年）一九頁。
- (6) 田中・前掲注(3)二七八頁。
- (7) 田中教授は、手続過程を重視する具体化として、①中立性・公平性に関するもの、②当事者の対等化と公正な機会の保障を要請する手続的合理性に関するもの、③第三者及び当事者に対して理由づけられた議論と決定を要請する手続的合理性に関するものと区分する。
- (8) 山本和彦教授は、裁判所の法律問題指摘義務を「情報を基点として民事訴訟を考察していく一つの試み」として構想し、その中で審尋請求権をリンクさせて議論している（山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社出版、一九九五年）三三四頁）。笹田栄司教授は、山本和彦教授のこの議論の方向性を重視し、訴訟当事者の「見解表明権の行使」を情報という観点から再編し、それを訴訟手続法の具体的な形成によってその憲法的内実の実現を図ることを示唆している（笹田栄司、『司法の変容と憲法』（有斐閣、二〇〇八年）二六六頁）。
- (9) 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』（有斐閣大学双書、一九八一年）一一八頁以下。
- (10) 三ヶ月章「裁判を受ける権利」『民事訴訟法研究第七卷』（有斐閣、一九七八年）一頁所収（一三頁）。
- (11) 中野貞一郎「公正な手続を求める権利」『民事訴訟雑誌三一号（一九八五年）一頁所収。

- (12) 中野・前掲注(11)三二頁、戸波江二「裁判を受ける権利」ジュリスト一〇八九号（一九九六年）二七九頁、片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』（大阪大学出版会、二〇〇七年）五三頁、市川正人「裁判へのアクセスと裁判を受ける権利」公法研究六三号（二〇〇一年）二〇八頁。
- (13) Sachs, Grundgesetz Kommentar 5. Aufl., 2009, Art. 103, Rdnr. 2-3 (S. 1973-1974), 笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、一九九三年）五九～一五一頁参照。
- (14) Sachs, a. a. O., Art. 103, Rdnr. 6-7, 42-49 (S. 1975-1976, 1992-1997), カール・ハインツ・シュワープハイター・ゴットヴァルト『憲法と民事訴訟』石川明・出口雅久編訳、慶應義塾大学法学研究会（一九八八年）九二～九四頁、Rolf Stürmer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 649, 田辺誠『季刊実務民事法』四号（一九八四年）一三四頁以下参照。
- (15) Vgl. BVerfGE 26, 66[71]; 38, 105[111]; 39, 156[163]; 39, 238[243]; 40, 95[99]; 41, 246[249]; 46, 202[210].
- (16) 中野・前掲注(11)一四頁。
- (17) Max Vollkommer, Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozess, Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1980, S. 212ff, 中野・前掲注(11)一四頁以下。
- (18) Max Vollkommer, a. a. O., S. 216.
- (19) Max Vollkommer, a. a. O., S. 217.
- (20) BVerfGE 78, 123[126]; 93, 99[107]; 101, 397[405]; 110, 226[253]; 110, 339[342].
- (21) Max Vollkommer, a. a. O., S. 217-218.
- (22) Max Vollkommer, a. a. O., S. 201-202, 笹田・前掲注(13)一六五～一六六頁参照。

- (23) Peter Lerche, Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör“, ZfP 78, 1965, S. 1-31; 紺谷浩司「民事手続における審問請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) に(こゝろ)」政経論集一八卷一・二号(一九六八年)五一頁以下参照。
- (24) Peter Lerche, a. a. O., S. 19.
- (25) Baur は、司法行為請求権の保障を、基本法一〇三条一項を根拠に基礎づけている(フリッツ・バウアー『ドイツ法における審問請求権の発展』鈴木正裕訳、神戸法学雑誌一八卷第三・四号(一九六九年)五二頁)。
- (26) Herbert Böttge, Die verfassungsrechtliche Problematik einer Zulassungsberatung im Zivilprozess, NJW 1991, S. 2391ff. (S. 2393), 笹田・前掲注(8)三三四頁以下参照。
- (27) Peter Mes, Der Rechtsschutzanspruch, 1970, S. 37, 43, 笹田・前掲注(8)三三四頁以下参照。
- (28) 中野・前掲注(8)一六頁、Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., vor §128 B II, Rdnr. 136.
- (29) Peter Lerche, a. a. O., S. 31.
- (30) K・ラーレンツ『第六版』法学方法論(米山隆訳(青山社、一九九八年)七三六、七三七頁)。
- (31) Meyer-Seitz/Frantzloch/Ziegler, Die FGG-Reform. Das neue Verfahrensrecht, Bundesanzeiger Verlag, 2009, S. 13, 萩原佐織「ドイツン家事非訟事件手続法 (Fam FG) の研究(1)―家事・非訟紛争処理に関わる手続法の統一的創設―」撰南法学第三九号(二〇〇九年)七三頁以下参照。
- (32) 飯倉一郎「西ドイツの非訟事件手続法の改正草案について」國學院法学第一三卷四号(一九七六年)四七頁。
- (33) BUNDESANZEIGER Verlagsges. mbH, Köln, 1977.
- (34) 飯倉・前掲注(32)四八頁。
- (35) 飯倉・前掲注(32)四九頁。

- (36) Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (= BfG) vom 12. 9. 1990 (BGBl. 1990 I S. 2002).
- (37) Meyer-Seitz/Kröger/Heier, Auf dem Weg zu einem modernen Familienverfahrensrecht—the familienverfahrensrechtlichen Regelungen im Entwurf eines FamFG, FamRZ 2005, S. 1430ff.
- (38) Reinhard Bork, Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, ZZP117, 2004, S. 399ff.
- (39) 連邦司法省は、改正計画の方向性について、真正争訟事件の除外及びZPOの上訴改革の範囲内（抗告手続）での非訟事件手続の改革とする案を主張したのに対し、SPD-Fraktionの代表であるStünkerが、非訟事件手続法における広範囲な改革が必須であると異議を唱えた。これにより、その方向性は定められたとされる。Vgl. Stünker, Schwerpunkte der rechtspolitischen Vorhaben in der 15. Legislaturperiode, ZRP 2003, S. 17.
- (40) WEG-reformは、二〇〇七年七月一日に、Wohnungseigentumsgesetzesとして施行され、貫徹された。参照ウエルナー・メルレ、『住居所有権法の改正について』藤井俊二和訳、創価法学三五卷三号（二〇〇六年）二二頁。
- (41) 裁判所構成法（GVG）上、後見裁判所の管轄事項は、家庭裁判所（Famliengericht）と世話裁判所（Betreuungsgericht）とに引き継がれることになる。
- (42) FamFG三四条 関係人本人の審問
（訳は、非訟事件手続法・家事審判法部会第2回会議参考資料7による）
1) 裁判所は、次の場合においては、関係人本人を審問しなければならない。
一 関係人の法的審尋請求権を保障するために必要な場合
二 この法律又は他の法律に定めがある場合
2) 関係人本人の審問は、それにより、その者の健康に重大な被害が生じるおそれがある場合、又は関係人がその意思を明らかに

することができる状態にないことが明白である場合には、しないことができる。

(3) 関係人が指定された審問の期日に正当な理由なく出頭しなかったときは、本人の審問をしないで手続を終結させることができる。関係人には、不出頭の効果について教示しなければならない。

(43) Fam FG の職権探知に関する規律について、高田昌宏「非訟手続における職権探知の審理構造―新非訟事件手続法・家事事件手続法の制定を契機として―」法曹時報六三卷一―号、二〇一一年、一頁以下参照。

(44) Meyer-Seitz/Frantzloch/Ziegler, a. a. O., S. 95, 96.

(45) z. B. FamFG 一六〇条、一九二条一項、二七八条、二七九条、三一九条、三二〇条、四二〇条、LwVG 一四二条一項一―号、PSiG 四八条二項、BeurFG 四六条三項一―号、VerschG 二二条、三二条二項、三三 a 条三項一―号、BGB 一八二六条、一八三六条三項、一九九六条三項、二二〇〇条二項、一三三〇条一項、二二二六八条二項 (Vgl. Bumiller/Harders, FamFG freiwillige Gerichtsbarkeit Kurz-Kommentar, 9. Aufl., 2009, §34, Rdnr. 2 (S. 139)).

(46) これらは、§68 Abs. 2 FGG と同様の趣旨と解されている。医師の意見書や、裁判所の直接的な面談を通じて判断されることになる。

(47) 鈴木忠一『非訟・家事事件の研究』(有斐閣、一九七一年)二五九頁以下。

(48) 大法院判昭和三七・一一・二八刑集一六卷一―号一五九三頁。

(49) 大法院決昭和四一・二一・二七民集二〇卷一〇号二二八二頁。

(50) 本間靖規教授は、審問請求権(鈴木の言葉遣い)について、どのような内容の手続保障を盛り込むかは、裁判所の裁量とする鈴木(忠)説には、当事者の手続保障の観点からは限界もあるといわざるを得ないと指摘する(「家事審判と手続保障」吉村徳重先生古稀記念論文集『弁論と証拠調べの理論と実践』(法律文化社、二〇〇二年)一一三頁)。吉村徳重教授は、借地法の改正(昭和

- 四一年六月三〇日公布）に伴う同法一四条の二以下の借地非訟手続をテーマに、当事者権の保障について、非訟事件における関係人においても、当事者権の保障は実質的なものでなければならず、従って、非訟手続が職権主義を採用していることを理由に弁論権や立会権が否定されるものではないとし、裁判官の裁量事由とする立法措置の不徹底を指摘している（吉村徳重「民事事件の非訟化傾向と当事者権の保障」日弁連特別研修叢書昭和四一年（下）一三五頁以下、一四八頁、一四九頁参照）。
- (51) 中野・前掲注(11)五頁以下参照。
- (52) BVerfGE 26, 66; 46, 202; 57, 250; 46, 325; 52, 131; 49, 220; 51, 150.
- (53) 中野教授は、「公正手続請求権」を一般的手続原則（一般的な法的保護基本権）と唱える Volkonner 説、審尋請求権の展開とみる Leipold 説以外にも、一般的手続原則とみず、他の手続基本権から生じそこで扱われるのではないような保障だけを求める権利と捉え、その性格上、「拾遺基本権 (Auffanggrundrecht)」と唱える シュヴァープ＝ゴットヴァルト 説を紹介している。
- (54) 中野貞一郎教授は、このような（＝非刑罰領域における憲法上の）基本的手続原則を、裁判所において裁判を受ける者の側から主体的に表現して、「手続基本権」とよばれ、その具体化として、審尋請求権、手続上の平等権、適時に裁判を受ける権利、対審・判決の公開を求める権利、公正な手続を求める権利の五つを挙げられている。（福永有利、「民事訴訟における憲法的保障」伊藤眞・山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）八頁以下）。
- (55) 賀集唱・松本博之・加藤新太郎編別冊法学セミナー『基本法コンメンタール民事訴訟2』§149、七六頁以下「山本克己」。
- (56) 鈴木正裕「新民事訴訟法における裁判所と当事者」『講座新民事訴訟法I』（弘文堂、一九九八年）三五頁以下、同脚注(5)参照。
- (57) 本件評釈として、本間靖規・私法判例リマックス二〇〇九（上）一二六頁以下、山田文・速報判例解説 vol. 3 一五三頁以下、垣内秀介・平成二〇年重要判例解説 一五五頁以下を参照。
- (58) 裁判所時報第一四五九号一頁、判例時報二〇一一号一二六頁、判例タイムズ一二七三号一二五頁、家庭裁判月報六〇巻八号五一

頁。

(59) 本間教授は、本決定が引用する「純然たる訴訟事件」を憲法三二条及び八一一条の一体の保障規準として採用した判例（金銭債務臨時調停法七条一項、八条に基づき、裁判所が職権で調停に付し、これが不調となったため、調停に代わる決定を行ったことに対し違憲とした昭和三五年七月六日大法廷決定民集一四卷九号一六五七頁、公開による対審判決の保障がない婚姻費用の分担に関する処分）の審判の合憲性を認めた昭和四〇年六月三〇日大法廷決定民集一九卷四号一一一四頁）と本件事案との関連性について、直接これをリードするという意味合いを持つてはいないとの理解（那須反対意見）も可能ということになると主張している（本間・前掲注57一二八頁）。

(60) 本間・前掲注57一二九頁。

(61) 山田文教授は、本決定の位置づけについて、抗告審手続における不利益変更を受ける当事者ないし関係人の手続関与・弁論の機会を保障するべきとの解釈を初めて示したのであり、職権探知主義のもとで裁判所の裁量的判断を予定する手続であっても、少なくとも法律上、手続関与・弁論の機会の保障が要請されることを明確にした点で、画期的な判断と評価している（山田、前掲注57一五五頁参照）。

(62) 井上哲男「乙類審判事件における職権探知と適正手続の具体的運用」『講座・実務家事審判法1』（日本評論社、一九八九年）一二七頁以下（一二九頁）。なお、大審院の裁判例として、大決大正五年六月二日民録二二輯一二五五頁、大決昭和三年五月一四日民集七卷三五七頁等がある。最高裁となつてからも、最判昭和二年二月二日民集八卷一二号二二三頁、下級審判例として、名古屋高決昭和四八年五月四日家月二五卷一一号九二頁、高松高決昭和五〇年六月六日家月二九卷八号四八頁、福岡地判昭和五八年二月一日判例タイムズ五三一号一九〇頁がある。

(63) 宍戸常寿、「非訟事件における審尋請求権と憲法32条」『判例セレクト二〇〇八（憲法9）』（法学教室No.342）一一頁。

- (64) Helmut Keidel, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss., Köln, 1964, S. 50-73, 236-240.
- (65) Löwe, Das rechtliche Gehör, Diss., Hamburg 1957. Löweは、法律上の審問の原則を争訟の成果であると主張する。
- (66) Helmut Keidel, a. a. O., S. 30f.
- (67) Fritz Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ACP 1954, S. 407. 鈴木元判事は、基本法一〇三条一項の名宛人を裁判所と解し、同規定は裁判所対当事者の関係に於いて基本的に人間の尊厳を遵守すべき方式を規定したものと捉え、Baurの主張する不正防止機能を否定している(鈴木(忠)・前掲注(7)三〇二頁)。
- (68) 本間・前掲注(57)一一〇頁。
- (69) 『家庭裁判所三十年の概観』(法曹会、一九八〇年)一四四頁。
- (70) 大法院判昭和二三・三・一〇刑集二卷三号一七五頁。
- (71) 鈴木(忠)・前掲注(5)三二〇頁。Jansen, FGG Großkommentar, 3. Aufl., 2006, §12, Rdnr. 116 (S. 330f), Keidel, FGG Kommentar, 15. Aufl., 2003, §12, Rdnr. 164-167 (S. 378-380), FamFG Kommentar, 16. Aufl., 2009, §68, Rdnr. 54 (S. 694).
- (72) 本間教授は、こうした原因に、簡易、迅速かつ柔軟な裁判が要請される非訟手続において、憲法規定を直接持ち込み、当事者の手続保障(弁論権、立会権、記録閲覧権など)を要求すると手続がとたんに重いものになり、こうした要請に悖る虞が生じ、さらには、手続保障侵害が憲法違反になり特別抗告の理由となることへの懸念を指摘している(本間・前掲注(57)一一九頁)。
- (73) 谷口安平「手続的正義」『岩波講座基本法学 8—紛争』(岩波書店、一九八三年)三五頁以下。
- (74) 本間・前掲注(57)一一九頁。
- (75) Klaus Schleier, Rechtliches Gehör und (persönlich-) mündliche Anhörung, §3, S. 38f, Johannes Bärman, Freiwillige

(77) ドイツの附帯私訴と弁護人報酬との関係については、松川実「ドイツ附帯私訴手続の現在―コメンタールおよび最近の裁判例―」青山法学論集第四八巻第四号（二〇〇七年）二〇〇頁以下参照。

(78) BGH BB 04, 1078, Thomas/Putzo ZPO Kommentar 32. Aufl., §574, Rdnr. 7 (S. 804).

(79) SPO 四六四 a 条（仮訳）

(2) 次の必要的費用に関して、関係人を聴聞しなければならない。

1 指定期日における欠席の費用及び証人費用

2 ZPO§91 Abs. 2に基づき支払義務を課せられる代理人弁護士の報酬及び立替金費用

(80) SPO 三〇八条（仮訳）

(1) 抗告裁判所は、相手方に反対陳述の機会を与えない限り、相手方に不利益な決定をすることはできない。但し、§33 Abs. 4 Satz 1 の場合には適用されない。

(2) 抗告裁判所は、調査を命令し、又は自ら取り調べることができる。

(81) Thomas/Putzo ZPO Kommentar 32. Aufl., §573, Rdnr. 26 (S. 802).

(82) 田中・前掲注(3)二四七頁。

(83) 家庭裁判月報六二巻三号五一頁。

(84) 裁判所時報第一五一三号二頁、判例時報二〇九二号九六頁、判例タイムズ一三三三号五五頁、家庭裁判月報六三巻一号九七頁。
本件評釈として、松本博之・民商法雑誌一四三巻六号、七二五頁。

- (85) 裁判所時報第一五三〇号一頁、判例時報二一九号三三頁、判例タイムズ一三五二号一五五頁。
(86) 裁判所時報第一五三七号一頁、判例時報二二三〇号三頁、判例タイムズ一三五七号八五頁。